

Il concorso tra associazione a delinquere di stampo mafioso e associazione finalizzata al traffico di stupefacenti: alla ricerca di una razionale repressione del fenomeno

The Concurrence of Mafia-Type Conspiracy and Drug Trafficking Conspiracy: Searching for a Rational Way to Fight the Phenomenon

EMANUELE BIRRITTERI

Dottorando di ricerca in Diritto e Impresa presso l'Università LUISS "Guido Carli"
emanuele.birritteri@gmail.com

ASSOCIAZIONE A DELINQUERE DI STAMPO MAFIOSO,
 ASSOCIAZIONE FINALIZZATA AL TRAFFICO DI
 STUPEFACENTI, CONCORSO APPARENTE DI NORME,
 AUTOMATISMI SANZIONATORI

MAFIA-TYPE CONSPIRACY, DRUG TRAFFICKING CONSPIRACY,
 APPARENT CONCURRENCE OF CRIMINAL PROVISIONS,
 DUPLICATIONS OF SANCTIONS

ABSTRACT

Il lavoro analizza il tema dei rapporti tra le fattispecie associative di cui agli artt. 416-bis c.p. e 74 d.p.r. n. 309/90, sottoponendo a critica l'orientamento giurisprudenziale che riconosce pacificamente il concorso formale tra i due reati, così determinando un automatismo sanzionatorio in violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

Si evidenzia, in particolare, come l'applicazione di criteri di risoluzione del conflitto apparente di norme basati su giudizi di valore, anziché logico-strutturali, consentirebbe nella specie di addivenire a soluzioni più equilibrate sotto il profilo del *quantum* di pena da irrogare, oggi del tutto sproporzionato rispetto al disvalore concreto del fatto associativo in conseguenza dell'atteggiamento della giurisprudenza e delle scelte del legislatore.

The essay examines the connections between the crimes provided by arts. 416-bis c.p. and 74 d.p.r. n. 309/90, criticizing the case law of the Italian Supreme Court (*Corte di Cassazione*) that usually considers these two crimes to be formally concurrent (*concorso formale di reati*), thus determining an automatic duplication of sanctions in breach of the substantial *ne bis in idem* principle.

In particular, the paper underlines how the application of value-based criteria to solve the issue of the apparent concurrence (*concorso apparente*) of criminal provisions, rather than logical and structural criteria, would allow to achieve more balanced solutions regarding the level of the penalty to be imposed, which today is completely disproportionate as compared to the concrete disvalue of the conspiracy because of Courts' attitude and legislative choices.

SOMMARIO

1. Premessa. 2. Il granitico indirizzo della giurisprudenza di legittimità: l'ennesimo ripiegamento nella "trincea" della specialità? 3. Una possibile interpretazione "dogmaticamente" orientata del principio di consunzione 4. Conclusioni e spunti per una riflessione *de iure condendo*.

1.

Premessa

Il traffico di stupefacenti rappresenta, ormai da decenni, una delle attività illecite più redditizie per la criminalità organizzata anche transnazionale¹.

Si tratta, invero, di un "mercato" criminale che garantisce profitti rapidi e particolarmente ingenti².

Il mediterraneo, in particolare, è da anni crocevia di questi traffici, in esso confluendo interessi criminali di matrice e origine diversa, ma con obiettivi comuni.

Un esempio per tutti. In una delle decisioni che si inseriscono nel filone giurisprudenziale che sarà oggetto di analisi è stata accertata in via definitiva l'esistenza di una vera e propria *joint ventures* criminale, tra famiglie mafiose palermitane e 'ndrine con sede operativa a Milano, per l'acquisto in Marocco e il successivo smercio di ingenti quantità di stupefacenti³.

Si tratta quindi di una prassi criminale multiforme ed in costante evoluzione.

Che le associazioni mafiose abbiano investito e puntato con decisione in tale settore è peraltro dato ben noto alle cronache⁴.

Il fenomeno, pertanto, necessita di una severa repressione. Severa repressione che però non può né dovrebbe mai giustificare risposte del tutto sproporzionate e irragionevoli da parte dell'ordinamento, seppure a fronte di realtà criminalità così allarmanti.

Il riferimento è a quell'orientamento giurisprudenziale che – come si vedrà – da anni riconosce pacificamente l'ammissibilità di un concorso formale tra associazione di stampo mafioso e associazione finalizzata al traffico di stupefacenti. E ciò quandanche ci si trovi di fronte ad un unico sodalizio criminale, operante sulla base di uomini, mezzi, logiche, organizzazione e strutture del tutto identiche⁵.

Già ad un primissimo approccio al problema, ben si comprende come a venire in rilievo siano principi basilari del nostro ordinamento penalistico. Risponde al senso comune, prima ancora che a quello giuridico, del resto, la considerazione per cui ritenere configurabili, in presenza di unico soggetto collettivo criminale, due reati associativi sia operazione che, quanto meno, imponga qualche riflessione circa il necessario rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale. In nessun caso, difatti, si dovrebbe poter accedere a meccanismi di automatica

¹ Per una compiuta analisi delle fattispecie incriminatrici in tema di traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope si vedano: PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti: profili penali*, Padova, 1994; AMATO, *Stupefacenti, teoria e pratica*, Roma, 2006; AA.VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, INSOLERA, MANES (a cura di), Milano, 2012; CAPUTO, FIDELBO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, (diretto da) PALAZZO, PALIERO, Torino, 2012; TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti: il nuovo assetto del reato e le implicazioni processuali e sostanziali*, Milano, 2015; GAMBARDILLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, Roma, 2017.

² A riguardo si veda il *World Drug Report* del 2017 dell'UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*). Il testo integrale del rapporto – che contiene un'analisi dettagliata delle caratteristiche e delle prospettive dei mercati criminali internazionali della droga – può essere consultato sul sito ufficiale dell'UNODC, in [questa pagina web](#).

³ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 18 maggio 2005, n. 35034, Lo Nigro, in *C.E.D. Cass.*, n. 232574. La Suprema Corte, in particolare, ha rigettato i ricorsi avverso la sentenza della Corte di appello di Palermo che aveva rilevato come "...gli esponenti della famiglia mafiosa di Brancaccio avevano costituito insieme ad alcuni boss della 'ndrangheta calabrese residenti a Milano, una vera e propria associazione avente ad oggetto un indeterminato e stabile programma criminoso per l'acquisto in Marocco e il successivo smercio di sostanze stupefacenti, anche in quantità ingenti e per la realizzazione di una raffineria per la lavorazione della cocaina; il tutto in presenza di un'organizzazione di persone e mezzi idonea alla realizzazione della comune attività criminosa, con una ben precisa ripartizione di compiti".

⁴ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC), *World Drug Report 2017*, cit.: Booklet 5, *The drug problem and organized crime, illicit financial flows, corruption and terrorism*, 19. In tale sezione del rapporto, in particolare, si evidenzia che "...despite the transformations in recent decades and a trend towards crime diversification, the drug market continues to play a key role in organized crime activities. In Europe, illicit drugs not only constitute the single largest organized crime market, but also a market that shows a high degree of both collaboration and competition between organized crime groups across national, linguistic and ethnic divisions".

⁵ Da ultimo, in particolare, si veda Cass. pen., Sez. VI, 30 ottobre 2013, n. 46301, P.M. in proc. Corso, in *C.E.D. Cass.*, n. 258163. Anche in tale occasione, infatti, la Corte ha confermato il proprio costante orientamento in base al quale "...i reati di associazione per delinquere, generica o di stampo mafioso, concorrono con il delitto di associazione per delinquere dedita al traffico di sostanze stupefacenti, anche quando la medesima associazione sia finalizzata alla commissione di reati concernenti il traffico degli stupefacenti e di reati diversi".

duplicazione della sanzione penale per un medesimo ed unico fatto (in tal caso, associativo)⁶.

Vediamo dunque di analizzare più in profondità il menzionato indirizzo applicativo al fine di verificare se, quella percorsa dalla giurisprudenza, sia davvero una strada necessitata.

2.

Il granitico indirizzo della giurisprudenza di legittimità: l'ennesimo ripiegamento nella "trincea" della specialità?

La Corte di Cassazione, come anticipato, riconosce pacificamente la configurabilità di un concorso formale tra i due reati associativi in parola⁷. E ciò sulla base di due fondamentali ragioni.

La prima è che ci si trova di fronte a due disposizioni che, da un punto di vista strutturale, si trovano in un rapporto di specialità reciproca, circostanza che, secondo il costante orientamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte, esclude l'applicabilità dell'art. 15 del codice penale e, quindi, la prevalenza di una delle due disposizioni sull'altra⁸.

Trattasi del resto di considerazione ineccepibile se si procede (e potremmo dire, anticipando alcune conclusioni, se ci si limita) ad un confronto logico-strutturale tra le due norme.

Non può in effetti non riconoscersi al riguardo come il reato di cui all'art. 416-bis c.p. contenga l'elemento specializzante del metodo mafioso rispetto all'associazione prevista dall'art. 74 del d.p.r. 309 del '90, mentre quest'ultima disposizione preveda, rispetto alla prima, quello relativo alla particolare natura (chiusa) dei reati-fine del sodalizio criminale, che devono essere necessariamente quelli previsti dallo stesso Testo Unico sugli stupefacenti⁹.

La seconda (invero meno convincente) argomentazione fa invece leva sulla parziale diversità delle oggettività giuridiche delle due disposizioni, essendo nel primo caso tutelato l'ordine pubblico messo in pericolo dalle situazioni di assoggettamento e omertà derivanti dalla forza di intimidazione dell'organizzazione criminale mafiosa, mentre nel caso dell'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti accanto a siffatto bene – comune a tutte le fattispecie associative – a rilevare è altresì la protezione della salute individuale e collettiva, minacciata dalla diffusione di droghe e sostanze psicotrope¹⁰.

⁶ Il tema oggetto del presente scritto, va detto, non sembra aver suscitato diffuso interesse in dottrina. Tra i pochi autori che se ne sono occupati si vedano: MEZZETTI, *Il concorso (formale?) tra fattispecie associative*, in AA.Vv., *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 227 ss.; MILONE, *L'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309): un'indagine sugli aspetti più controversi della fattispecie nel diritto vivente, tra paradigmi teorici e prassi giurisprudenziale*, in AA.Vv., *Stupefacenti e diritto penale: un rapporto di non lieve entità, Atti del seminario tenutosi a Pisa, il 20-21 giugno 2014*, MORGANTE (a cura di), Torino, 2015, 227 ss.

⁷ In tal senso si vedano, in particolare: Cass. pen., Sez. VI, 29 ottobre 2015, n. 563, Viscido, in *C.E.D. Cass.*, n. 265762; Cass. Pen., Sez. VI, 30 ottobre 2013, n. 46301, P.M. in proc. Corso, in *C.E.D. Cass.*, n. 258163; Cass. Pen., Sez. I, 21 gennaio 2010, n. 17702, Di Lauro, in *C.E.D. Cass.*, n. 247059; Cass. Pen., Sez. U., 25 settembre 2008, n. 1149, Magistris, in *Cass. pen.*, 2009, 6, 2278 ss., con nota di RUGGIERO, *I discutibili confini dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni tardive dei "collaboratori di giustizia"*; Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 12349, Angioletti, in *Cass. pen.*, 2008, 11, 4294 ss., con nota di AMATO, *Configurabilità del concorso tra associazione finalizzata al traffico di stupefacenti e associazione di tipo mafioso*; Cass. pen., Sez. VI, Lo Nigro, cit.; Cass. pen., Sez. II, 16 marzo 2005, n. 21956, Laraspata, in *C.E.D. Cass.*, n. 231972; Cass. pen., Sez. I, 20 dicembre 2004, n. 2612, P.M. in proc. Tomasi, in *C.E.D. Cass.*, n. 230450; Cass. pen., Sez. V, 29 novembre 1999, n. 5791, Aparo, in *C.E.D. Cass.*, n. 215257; Cass. pen., Sez. VI, 14 marzo 1997, Calabrò, in *C.E.D. Cass.*, n. 208883; Cass. pen., Sez. I, 29 settembre 1994, n. 4094, Tudisco, in *C.E.D. Cass.*, n. 199791.

⁸ Da ultimo, sul punto, si è pronunciata Cass. pen., Sez. U., 23 febbraio 2017, n. 20664, Stalla, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2017, p. 344 ss., con nota di FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità: le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*. In tale decisione la Suprema Corte ha invero ribadito come "...nella materia del concorso apparente di norme non operano criteri valutativi diversi da quello di specialità previsto dall'art. 15 cod. pen., che si fonda sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie, al fine di apprezzare l'implicita valutazione di correlazione tra le norme, effettuata dal legislatore". In senso conforme, pur con (lievi) differenti sfumature concettuali, *ex multis*, si vedano: Cass. pen., Sez. U., 22 giugno 2017, n. 41588, La Marca, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 11/2017, p. 173 ss., con nota di SERRA, *Le Sezioni Unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi*; Cass. pen., Sez. U., 28 ottobre 2010, n. 1963, P.M. in proc. Di Lorenzo, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 7 848 ss., con nota di VALLINI, *Giusti principi, dubbie attuazioni, convergenza di illeciti in tema di circolazione di veicolo sottoposto a sequestro*.

⁹ Tale ricostruzione sul punto registra diffusi consensi anche in letteratura. In argomento, in particolare, si vedano, tra gli altri: TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2015, 233 ss., il quale evidenzia come si tratti di una "...situazione un po' anomala, dovuta forse a una carenza di coordinamento tra legge antimafia e legge sugli stupefacenti"; LOMBARDI, *Rapporti con altre figure di reato*, in AA.Vv., *Le associazioni di tipo mafioso*, ROMANO (a cura di), Milanofiori Assago, 2015, 287 ss., la quale tuttavia evidenzia come occorra distinguere "...il caso in cui il traffico di stupefacenti costituisca il fine dell'associazione mafiosa e venga esercitato all'interno dell'unico sodalizio, mafioso e dedito al narcotraffico, dal caso in cui vi sia un apparato autonomo, sia pure inserito all'interno dell'organismo criminale mafioso e ad esso collegato, volto sistematicamente al narcotraffico. Nel primo caso, il delitto di cui all'art. 74 d.p.r. n. 309/1990 è assorbito nel reato di cui all'art. 416 bis c.p.; nel secondo caso, i componenti del gruppo dedito al narcotraffico che partecipano all'associazione mafiosa, nonché coloro che, all'interno del sodalizio mafioso, gestiscono il narcotraffico, dovranno rispondere di entrambi i reati"; BORRELLI, sub art. 416-bis c.p., in AA.Vv., *Codice penale: rassegna di giurisprudenza e dottrina*, LATTANZI-LUPO (a cura di), Milano, 2010, 205.

¹⁰ Sul punto si veda, su tutte, Cass. pen., Sez. II, Laraspata, cit.

Nel delineare poi i requisiti (oggettivi e soggettivi) di partecipazione a entrambe le associazioni in questione, peraltro, la Cassazione ha offerto ulteriori spunti.

In alcune decisioni, ad esempio, si afferma che laddove un soggetto inserito in un determinato contesto criminale si occupi esclusivamente del traffico di sostanze stupefacenti, affinché egli risponda non solo dell'illecito associativo di cui all'art. 74 del T.U. in materia di stupefacenti, ma anche del reato di associazione di stampo mafioso, è sufficiente la mera consapevolezza che il traffico di sostanze psicotrope è gestito dall'associazione mafiosa, in quanto ciò contribuirebbe causalmente alla realizzazione di una delle finalità tipiche del predetto sodalizio¹¹.

In tal caso, oltre ai predetti profili di frizione con il canone del *ne bis in idem* sostanziale, bisognerebbe quantomeno riflettere sulla sostenibilità di una simile impostazione se letta alla luce del principio di colpevolezza, qui imputandosi l'effettiva partecipazione ad un ulteriore sodalizio sulla base della mera conoscenza dell'esistenza di legami e collegamenti esterni tra la struttura criminale in cui si presta la propria opera illecita e un sodalizio mafioso¹².

Si prescinde, dunque, dal compiere qualunque accertamento circa la sussistenza dei requisiti oggettivi di partecipazione al delitto di cui all'art. 416-bis c.p.¹³

La stessa giurisprudenza di legittimità, infatti, distingue al riguardo da tempo la figura del partecipe all'associazione mafiosa – individuato nel soggetto organicamente inserito nella struttura associativa dell'ente criminale e dotato di una vera e propria *affectio societatis* – da quella del mero concorrente esterno che fornisca un contributo di effettiva rilevanza causale alla conservazione o al rafforzamento del sodalizio¹⁴.

La situazione concreta al centro di tali decisioni, quindi, sembrerebbe al più richiamare – almeno in astratto – il ben noto e diverso schema del concorso eventuale nella fattispecie associativa¹⁵.

Ad ogni modo, la validità di una simile ricostruzione sembra trovare ostacolo, come si è detto, nella fondamentale circostanza che nelle ipotesi considerate dalle sentenze in questione i gradi di merito avevano accertato l'esistenza di un unico sodalizio criminale.

Il punto decisivo, quindi, rimane, in realtà, sempre lo stesso: la presenza di un'unica organizzazione, che sembrerebbe reclamare il riconoscimento in capo ai soggetti coinvolti di un solo reato associativo.

In altre decisioni, peraltro, nonostante vi fossero spazi per argomentare la sussistenza di un concorso materiale tra i due reati in questione, la giurisprudenza di legittimità ha riproposto lo schema del concorso formale tra le fattispecie malgrado le emergenze processuali suggerissero la presenza di diversi sodalizi, operanti sulla base del meccanismo organizzativo delle c.d. piazze di spaccio¹⁶.

Il fenomeno, in particolare, si sostanzia nella presenza di quella che può definirsi una *holding* mafiosa che coordina e controlla un vasto territorio, all'interno del quale operano dei sottogruppi che gestiscono lo spaccio in località ristrette e con un'organizzazione largamente autonoma, nonché con strutture e mezzi (anche finanziari) diversi, pur rispondendo sempre agli indirizzi della capo-gruppo¹⁷.

¹¹ Così Cass. pen., Sez. II, 22 maggio 2012, n. 36692, Abbrescia, in *C.E.D. Cass.*, n. 253892. In senso conforme si veda anche Cass. pen., Sez. VI, 23 ottobre 2009, n. 4651, in *Cass. pen.*, 2010, 12, 4367 ss., con nota di LA GRECA, *L'associazione criminale "al quadrato": la responsabilità dei soggetti operanti nel comparto di produzione e traffico di droga dell'impresa mafiosa*.

¹² In argomento si veda anche MILONE, *L'associazione*, cit., 251, la quale evidenzia come nella specie si sia di fatto ammesso un automatismo "...che trascura l'eterogeneità dei vincoli associativi [...] e considera immanente nella generica consapevolezza di svolgere un'attività controllata da un sodalizio mafioso – a prescindere dalla prova di un accordo a tal fine – la partecipazione allo stesso".

¹³ In letteratura sul delitto in parola si vedano, oltre agli autori già citati: BARILLARO, *Il reato di associazione mafiosa*, Milano, 2011; RIONATO-FORNASARI (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, 2017; SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1997; INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993.

¹⁴ In giurisprudenza si veda, da ultimo, Cass. pen., Sez. VI, 18 giugno 2014, n. 33885, Marcello, in *C.E.D. Cass.*, n. 260178. In letteratura, sul tema del concorso eventuale nell'associazione mafiosa, diffusamente v.: MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, Padova, 1995; PELISSERO, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, in AA.Vv., *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, PELISSERO (a cura di), Torino, 2010, 299 ss.; MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale: raccolta di scritti*, Torino, 2014.

¹⁵ Sul punto anche MILONE, *L'associazione*, cit., 251, la quale tuttavia pone in luce come sia imprescindibile, per poter argomentare nella specie la sussistenza del c.d. concorso esterno, accertare l'effettiva rilevanza del contributo, dovendosi escludere l'applicazione dell'istituto allorché il ruolo del soggetto impegnato nel traffico di stupefacenti sia meramente "fungibile" nell'ambito del sodalizio mafioso.

¹⁶ Così Cass. pen., Sez. I, Di Lauro, cit. Nel procedimento penale in questione, invero, i gradi di merito avevano accertato la presenza di diversi sottogruppi criminali che gestivano con una certa autonomia diverse "piazze di spaccio" nel napoletano.

¹⁷ In tal senso MEZZETTI, *Il concorso (formale?)*, cit., 229. L'autore evidenzia come in questi casi "...l'apparato strutturale delle organizzazioni criminali si atteggia in modo simile a quello di un gruppo societario".

In tal caso la soluzione non ci sembra dover essere quella del concorso formale, essendovi due gruppi criminali pienamente distinguibili, il che giustificherebbe il riconoscimento di un concorso materiale tra i due reati nei confronti (beninteso) di quei soggetti che facciano parte di entrambe le associazioni.

Ciò nonostante la Cassazione è giunta nelle decisioni in questione a un approdo che, seppur di segno corretto, appare muovere da erronee premesse teoriche, acriticamente recependosi gli indirizzi tramandatisi nel tempo, senza che il Giudice di legittimità approfondisse i profili dogmatici che pure emergevano nelle fattispecie oggetto di giudizio¹⁸.

Non mancano del resto decisioni ove si è riconosciuto il concorso anche tra associazione finalizzata al traffico di stupefacenti e l'associazione a delinquere c.d. "semplice" prevista dall'art. 416 del codice penale.

Si è detto in particolare che, laddove il sodalizio illecito sia costituito e effettivamente operi al solo fine di commettere reati in materia di stupefacenti, la norma di cui all'art. 74 del testo unico si pone come norma speciale rispetto all'associazione per delinquere semplice e risulterà in effetti l'unica configurabile in virtù dell'applicabilità, nel caso di specie, del principio di specialità ex art. 15 c.p. Nelle ipotesi in cui, invece, si costituisca un sodalizio finalizzato alla commissione sia di reati in materia di stupefacenti che di figure criminose diverse a trovare applicazione sarà non solo l'art. 74, ma anche l'art. 416 c. p.

E ciò, a giudizio della Cassazione, in considerazione di *"quell'ulteriore evento giuridico, le-sivo del bene tutelato, ravvisabile nella costituzione di una seconda situazione di pericolo, autonomamente [riscontrabile] con riferimento [...]"* all'indeterminatezza del programma criminoso e all'esistenza di una struttura organizzativa adeguata allo scopo che *"...ponendosi quali elementi che rientrano nella previsione di carattere generale, si sottraggono a quella speciale e, perciò, sfuggono, alla disposizione dell'art. 15 cod. pen."*¹⁹.

Basterebbe, dunque, tale ulteriore mera finalità psicologica a giustificare l'attribuzione in capo agli agenti di un secondo reato (fatto) associativo che potrebbe anche non trovare riscontro nella oggettiva realtà empirica, essendo legittima tale contestazione, secondo la giurisprudenza di legittimità, anche qualora si sia in presenza di un unico (e mai "duplicatosi") nucleo criminale.

In altre decisioni, infine, si è riconosciuta non soltanto l'ammissibilità di un concorso tra associazione mafiosa e associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, ma si è ritenuta configurabile, rispetto a quest'ultima fattispecie, anche l'aggravante di cui al nuovo art. 416-bis.1, comma 1, c.p.²⁰, laddove si operi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p. anche nella concreta gestione del traffico di droga²¹.

In tal caso, le distorsioni applicative dell'indirizzo in commento si manifestano in tutta la

¹⁸ Cass. pen., Sez. I, Di Lauro, cit. Al riguardo, peraltro, in alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità si riscontra una certa imprecisione concettuale, essendosi predicata la configurabilità di un concorso materiale, tra gli artt. 416-bis c.p. e 74, d.p.r. n. 309/1990, in presenza di un'unica organizzazione criminosa, riconducendosi le diverse condotte partecipative *"...a due aspetti diversi della realtà fenomenica, sicché il singolo soggetto ben può far parte del sodalizio mafioso ma restare escluso dall'attività criminosa nel campo degli stupefacenti, ovvero occuparsi di tale settore ma restare al di fuori non solo degli altri campi di azione del "clan", ma dallo stesso metodo mafioso"*: così Cass. pen., Sez. II, 22 marzo 1996, n. 10469, P.M. in proc. Arena, in *C.E.D. Cass.*, n. 206493. In senso conforme si veda anche Cass. pen., Sez. II, 10 novembre 2000, n. 13151, Gianfreda, in *C.E.D. Cass.*, n. 218599. Tale orientamento, invero, pur apprezzabile sotto il profilo della necessità di procedere a distinti accertamenti per verificare la partecipazione di un singolo ad entrambi i sodalizi – rifuggendo quindi sul punto da qualunque automatismo – appare criticabile rispetto all'impossibilità di argomentare la sussistenza di un concorso materiale in presenza di un'unica condotta associativa, dovendo necessariamente porsi in tali casi il diverso tema della sussistenza di un concorso formale di reati, piuttosto che di un concorso apparente di norme.

¹⁹ Così Cass. pen., Sez. VI, 14 giugno 1995, n. 11413, Montani, in *C.E.D. Cass.*, n. 203643. In argomento si veda anche Cass. pen., Sez. VI, P.M. in proc. Corso, cit. In tali ipotesi, tuttavia, per le medesime ragioni che si diranno più avanti, sembrerebbe dover applicarsi il solo reato di cui all'art. 74 del d.p.r. n. 309 del 1990.

²⁰ Con il d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21 – recante *"Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103"* – il legislatore, invero, ha abrogato gli artt. 7 e 8 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, "trasferendone" il contenuto in un'unica norma del codice penale – l'art. 416-bis.1 – rubricata *"Circostanze aggravanti e attenuanti per reati connessi ad attività mafiose"*.

²¹ In tal senso si veda Cass. pen., Sez. VI, 17 giugno 2016, n. 9956, in *C.E.D. Cass.*, n. 269715. La decisione in parola ha cassato la sentenza con cui diversi affiliati ad un unico clan camorristico (Vanella Grassi) sono stati giudicati responsabili di entrambe le fattispecie associative in parola, con l'aggravante di cui all'ex art. 7 del d.l. n. 152/1991 (oggi art. 416-bis.1, comma 1, c.p.) rispetto al delitto di cui all'art. 74 d.p.r. 309/1990, per aver esercitato il metodo mafioso *"...nell'acquisizione delle "piazze di spaccio", nelle modalità del controllo della gestione del traffico della droga, nella finalità di avvantaggiare l'associazione camorristica egemone nella costituzione di un monopolio dello spaccio nonché nella partecipazione ai relativi utili di detto gruppo criminale, che assicurava protezione dalle pretese di organizzazioni contrapposte"*. Sul punto si veda anche Cass. pen., Sez. VI, 29 ottobre 2014, n. 1783, P.M. in proc. Barilari, in *C.E.D. Cass.*, n. 262093. La decisione risulta invero apprezzabile sotto il profilo dell'esclusione di ogni automatismo nell'accertamento della sussistenza dell'aggravante in parola, essendosene esclusa la ricorrenza nella specie nell'impossibilità di fare esclusivo riferimento al riguardo al modello *"...di funzionamento interno del sodalizio o alla [n.d.r. mera] presenza nello stesso di soggetti partecipi anche ad una organizzazione di tipo mafioso"*.

loro evidenza.

Non si comprende, invero, come la contestazione (ai partecipi del sodalizio finalizzato al traffico degli stupefacenti) dell'essersi avvalsi della forza di intimidazione del vincolo mafioso – e delle condizioni di assoggettamento e di omertà che ne derivano – non sia ritenuta assorbita dall'integrazione del delitto di cui all'art. 416-bis c.p., trattandosi di due reati associativi che, già a livello astratto, presentano le medesime caratteristiche oggettive²².

Considerata l'omogeneità strutturale di base tra le due fattispecie, quindi, la reputata configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 416-bis.1, comma 1, c.p. ci pare risolversi in un illegittimo automatismo sanzionatorio legato a una modalità oggettiva dell'agire del soggetto collettivo criminale la quale, come appena rilevato, secondo la giurisprudenza di legittimità, rappresenta a ben vedere proprio quell'elemento specializzante in grado di aprire la strada all'integrazione dell'art. 416-bis che, in sua assenza, non avrebbe trovato applicazione.

Davvero problematico è allora l'esito di un simile ragionamento: nei casi in cui il sodalizio finalizzato al traffico di stupefacenti operi anche con le metodologie descritte dal delitto di associazione mafiosa a trovare applicazione sarà una sorta di duplice sanzione di "mafiosità" (art. 416-bis e art. 416-bis.1, comma 1, c.p.) per il mero – e, in alcuni casi, medesimo – fatto tipico associativo²³.

3. Una possibile interpretazione "dogmaticamente" orientata del principio di consunzione

L'analisi sin qui compiuta mette a nudo le criticità di un orientamento che, in presenza di un'unica impresa criminale, pacificamente riconosce il concorso formale tra i due reati sulla base di premesse teoriche assunte al grado di veri e propri dogmi incontestabili.

Ed invece il rischio di violazione del basilare canone del *ne bis in idem* sostanziale – principio che risponde a fondamentali esigenze di equità e certezza del diritto – emerge in modo particolarmente chiaro nell'ipotesi qui in esame²⁴.

Sembrirebbe quantomeno doveroso, pertanto, vagliare la praticabilità di soluzioni ermeneutiche in grado di condurre a esiti più equilibrati e maggiormenti in linea con i principi fondamentali del nostro ordinamento.

In particolare, se, come si anticipava, non pare possibile individuare un rapporto di prevalenza strutturale tra i due reati associativi predetti (in virtù del loro rapporto di specialità reciproca)²⁵, l'applicabilità di criteri di risoluzione del conflitto apparente di norme basati su giudizi di valore, anziché su profili di carattere logico-strutturale, potrebbe consentire di individuare una risposta maggiormente razionale al pur grave fenomeno criminale associativo in questione.

Non è ovviamente questa la sede per una puntuale ricostruzione delle complesse questioni

²² Sul quest'ultimo punto si veda, per tutte, Cass. pen., Sez. VI, Montani, cit. Evidenzia invero la Corte come "...il reato associativo si caratterizza per tre elementi fondamentali, costituiti: a) da un vincolo associativo tendenzialmente permanente, o comunque stabile, destinato a durare anche oltre la realizzazione dei delitti concretamente programmati; b) dall'indeterminatezza del programma criminoso, che distingue tali reati dall'accordo che sorregge il concorso di persone nel reato, indeterminatezza che non viene meno per il solo fatto che l'associazione sia finalizzata esclusivamente alla realizzazione di reati di un medesimo tipo o natura, giacché essa attiene al numero, alle modalità, ai tempi, agli obiettivi dei delitti integranti eventualmente anche un'unica disposizione di legge, e non necessariamente alla diversa qualificazione giuridico-penalistica dei fatti programmati; c) dall'esistenza di una struttura organizzativa, sia pur minima, ma idonea, e soprattutto adeguata a realizzare gli obiettivi criminosi presi di mira".

²³ In argomento anche MEZZETTI, *Il concorso (formale?)*, cit., 237.

²⁴ Sul punto, nella manualistica, v. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milanofiori Assago, 2017, 469. In letteratura si veda quanto evidenziato in argomento da CAVALIERE, sub. art. 416 c.p., in AA.VV., *Delitti contro l'ordine pubblico*, Moccia (a cura di), Napoli, 2007, 338, secondo cui il principio del *ne bis in idem* sostanziale "...appare riconducibile al principio costituzionale di proporzione e, in diritto penale, anche al principio di personalità della responsabilità penale ed alla funzione costituzionale della pena: una doppia punizione dello stesso fatto risulta, infatti, in evidente contrasto con la funzione rieducativa della pena e con esigenze di orientamento dei consociati, e può essere ricondotta soltanto a prospettive di mera strumentalizzazione del reo [...] in chiave di deterrenza".

²⁵ Sul punto si vedano MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, VI ed., Milano, 2017, 521, 522. Evidenziano invero gli autori come appaia fallace "...la pretesa di ricondurre alla disciplina dell'art. 15 c.p. le ipotesi di c.d. specialità reciproca (o bilaterale): cioè i casi in cui due norme descrivono fatti di reato che, accanto ad un nucleo di elementi comuni, presentano elementi speciali ed elementi generali rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra [...] infatti "...anche ammesso che in casi di questo genere possa ancora parlarsi di specialità, risulta pressoché impossibile individuare, sul terreno dei rapporti strutturali tra figure astratte di reato, un criterio plausibile per stabilire quale sia la norma speciale che deve prevalere sull'altra: e in effetti i criteri indicati dai fautori della specialità reciproca (ad es. quello del maggior numero degli elementi specializzanti) appaiono apodittici e/o impraticabili".

teoriche sollevate dallo studio del concorso apparente di norme²⁶, vero e proprio nodo gordiano della scienza penalistica che, per usare le parole di Antolisei, ha costituito “un’arena di più o meno eleganti esercizi di ginnastica intellettuale, di virtuosismi accademici, di ragionamenti nebulosi e inafferrabili”²⁷.

Ciò nonostante si può ipotizzare qualche soluzione.

Sotto un primo profilo, sembra doversi escludere l’applicabilità nel caso di specie del c.d. principio di sussidiarietà, presupponendo lo stesso un’identità di beni tutelati tra le norme in conflitto²⁸ che, nella specie, non è riscontrabile, essendo parzialmente diverse le oggettività giuridiche delle due disposizioni, ciascuna delle quali in sé non può contenere integralmente l’altra. E ciò malgrado si riscontri – come si vedrà – un nucleo comune costituito dalla tutela dell’ordine pubblico.

Una alternativa, però, potrebbe essere offerta dal c.d. criterio di consunzione.

Tale criterio, va detto, è principalmente ricondotto, come evidenzia autorevole dottrina, alle ipotesi in cui “...la commissione di un reato è strettamente funzionale ad un altro e più grave reato, la cui previsione consuma e assorbe in sé l’intero disvalore del fatto concreto”, richiamandosi, in particolare, la figura del reato complesso²⁹.

Un’ipotesi, dunque, strutturalmente diversa da quella in analisi, non essendo l’agire associativo con metodo mafioso sempre e necessariamente funzionale alla costituzione anche di un’organizzazione criminale finalizzata alla commissione di reati in materia di stupefacenti, né (e soprattutto) viceversa la costituzione di quest’ultima associazione ha come sbocco necessario, secondo l’*id quod plerumque accidit*, l’istituzione di un’impresa mafiosa. Ciò, almeno in astratto, perché la prassi e l’esperienza concreta insegnano che difficilmente si osserverà un’associazione mafiosa non impegnata anche nel traffico di stupefacenti.

Altra autorevole dottrina ha invece ricostruito in termini parzialmente differenti il principio di consunzione, ritenendolo operante in quelle ipotesi in cui tutto il disvalore penale del fatto in concreto si accentra in una sola delle norme che concorrono.

Esso si basa sul fondamentale canone di giustizia del *ne bis in idem* sostanziale, per cui nessuno può essere “...punito più volte per lo stesso contenuto sostanziale di illecito”, e su un criterio non logico, ma di valore, in virtù del quale preverrà sempre la norma che prevede il reato più grave³⁰.

Si deve innanzitutto far riferimento, quindi, non tanto o non soltanto alla “...stretta identità naturale del fatto” (che pure nelle ipotesi predette sarebbe ravvisabile essendovi un unico fatto associativo), ma all’identità normativa del fatto concreto “...rispetto ai fini dell’ordinamento”, al modo cioè normale di verificarsi del reato (il c.d. illecito sostanziale) che “...guida il legislatore nello stabilirne il regime penale”³¹. La consunzione, inoltre, in base all’impostazione in parola potrebbe operare anche nelle circostanze in cui vi sia uno sviluppo di violazioni omogenee³².

E in effetti nelle fattispecie analizzate potrebbero riscontrarsi entrambi gli elementi descritti. Appartiene invero al normale modo di atteggiarsi del reato di associazione mafiosa che esso si ‘proietti’ verso la commissione di reati in materia di stupefacenti. Allo stesso modo, può costituire un normale sviluppo dell’ipotesi di cui al menzionato art. 74 che detta associazione operi con metodo mafioso per acquisire il controllo di determinati mercati criminali.

L’esperienza, infatti, insegna che in determinate zone ad alta densità mafiosa è sostanzialmente impossibile esercitare un ruolo di rilievo nello spaccio di stupefacenti senza avvalersi di una struttura associativa che presenti gli elementi descritti dall’art. 416-bis del codice penale³³.

Ma al di là di tale considerazione che, guardando alla realtà fenomenica, si esporrebbe alle

²⁶ In letteratura sul punto si vedano: MORO, *Unità e pluralità di reati: principi*, Padova, 1951; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966; DE FRANCESCO, *Specialità ed interferenze nel concorso di norme penali*, Milano, 1980; LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Milano, 1974; PROSDOCIMI, *Contributo alla teoria del concorso formale di reati*, Padova, 1984; PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale: contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997.

²⁷ ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 261.

²⁸ In argomento, su tutti, si veda MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 463 ss.

²⁹ In tal senso MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., 527. In argomento si vedano anche MASERA, voce *Concorso di norme e concorso di reati*, in *AA.VV.*, *Dizionario di diritto pubblico*, CASSESE (diretto da), Milano, 2006, p. 1163 ss.; PROSDOCIMI, *Concorso di reati e di pene*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1988, p. 508 ss.

³⁰ In tal senso PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1392.

³¹ Così PAGLIARO, *Concorso apparente*, cit., 1392 ss. In termini parzialmente corrispondenti sul punto v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Bologna, 2014, 723, i quali fanno riferimento al riguardo al concetto di “...unitarietà normativo-sociale del fatto”.

³² V. PAGLIARO, *Concorso apparente*, cit., 1394.

³³ Per un approfondimento dei profili storici e criminologici si vedano: ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa: profili giuridici e storico-criminologici*, Bari, 2006; APOLLONIO (a cura di), *La mafia e “le” mafie: percorsi e geografie del crimine organizzato*, Lecce, 2013.

obiezioni di regola mosse a quei criteri che non risultano suscettibili di applicazione in una serie indeterminata di ipotesi, ciò che ci sembra contare di più è che, laddove in concreto ci si trovi, come nelle ipotesi analizzate, in presenza di un unico sodalizio criminale, entrambi i fatti descrivono una violazione sostanzialmente omogenea (un unico fatto associativo con le medesime caratteristiche oggettive) rispetto al nucleo centrale comune degli interessi tutelati, costituito dal bene giuridico dell'ordine pubblico³⁴.

Tale interpretazione del principio di consunzione potrebbe consentire nei casi in questione di ritenere configurabile un unico reato associativo e in particolare, in base al criterio di cui si tratta, quello punito più gravemente, ovvero sia l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti.

Sia nel caso della partecipazione semplice, che nel caso della partecipazione c.d. qualificata di promotori ed organizzatori del sodalizio, infatti, il delitto di cui all'art. 74 risulta essere più gravemente punito, prevedendosi rispettivamente la reclusione non inferiore a dieci anni, nel primo caso, e non inferiore a venti, nel secondo, modulandosi il massimo edittale secondo quanto previsto dalla disposizione generale di cui all'art. 23 c.p.

All'evidenza, si tratta di un trattamento sanzionatorio di gran lunga più severo di quello riservato all'associazione mafiosa, ove sono previste pene, per la mera partecipazione e per quella qualificata, che vanno da dieci a quindici anni di reclusione nel primo caso, e da dodici a diciotto nel secondo. Situazione che non muta, peraltro, laddove il sodalizio sia armato.

A prevalere dunque sarebbe il reato di associazione a delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti che, senza alcun dubbio, costituisce il delitto più severamente punito, eventualmente aggravato dall'essersi il sodalizio avvalso delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. – interpretazione ammissibile in base al disposto letterale art. 416-bis.1, comma 1, c.p., che fa riferimento a qualunque delitto punito “...con pena diversa dall'ergastolo” – ferma restando, ovviamente, la contestabilità dei vari reati-scopo posti in essere dal sodalizio, anch'essi in caso aggravati ai sensi della disposizione appena richiamata³⁵.

Come recentemente riconosciuto dalla Cassazione, del resto, la c.d. aggravante mafiosa è di natura oggettiva in quanto attiene ad una modalità dell'azione, sicché essa si comunica a tutti i concorrenti nel reato³⁶.

Tale soluzione sembra essere l'unica praticabile per garantire l'effettivo rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

Nonostante, infatti, il Giudice di legittimità abbia espressamente sancito l'inapplicabilità dei cc.dd. criteri di valore nelle ipotesi in analisi, in quanto le due disposizioni realizzerebbero due diversi eventi di pericolo che “...non si pongono in rapporto di graduazione di dignità e gra-

³⁴ Le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. Cass., Sez. U., Magistris, cit., 26), del resto, riconoscono come la tutela “...dell'ordine pubblico [sia] una finalità tipica di tutti i delitti associativi”.

³⁵ Giunge alle medesime conclusioni, pur attraverso un percorso argomentativo parzialmente differente, LA GRECA, *L'associazione criminale “al quadrato”*, cit., la quale evidenzia altresì (l'irragionevolezza) della mancanza di qualunque coordinamento tra le pene stabilite dal legislatore per i due reati associativi in questione. Argomenta invece la prevalenza del solo art. 416-bis, quale norma contenente il maggior numero di elementi specializzanti, MILONE, *L'associazione*, cit., 250 ss., ritenendo pertanto il criterio strutturale della specialità reciproca – rapporto tra i due delitti sussistente in parte per aggiunta e in parte per specificazione – idoneo a risolvere il conflitto apparente tra le due norme in discorso. Si evidenzia altresì, tuttavia, come “...alle medesime conclusioni favorevoli alla necessità di applicare il concorso apparente di norme [...] può giungersi ricorrendo, in luogo del criterio strutturale, al criterio di valore dell'assorbimento, dal momento che, in presenza di un'“unitarietà normativa-sociale” del fatto associativo [...] pare inevitabile ritenere assorbito il disvalore del fatto concreto nella fattispecie che sanziona il reato più grave” per cui, si spiega, nella specie “...potrebbe propendersi per la prevalenza dell'art. 74 T.U. Stup.” dovendosi accogliere una “...interpretazione delle fattispecie associative che valorizzi come fulcro del disvalore l'elemento strutturale dell'organizzazione, più che la specifica tipologia dello scopo delittuoso”. Riconduce altresì alla specialità reciproca il rapporto tra le due norme, tuttavia applicando come criterio di prevalenza quello della sanzione più grave, MEZZETTI, *Il concorso (formale?)*, cit., 241 ss., il quale evidenzia, conseguentemente, come “...nell'ipotesi in esame, dovrebbe dunque ragionevolmente ritenersi prevalere la fattispecie di cui all'art. 74 D.P.R. 309/90, che verrebbe ad assorbire anche il disvalore sotteso alla previsione dell'art. 416-bis c.p. tanto nell'ipotesi di partecipazione qualificata, quanto in quella di partecipazione semplice”. L'Autore rileva altresì come nella specie i delitti-fine eventualmente commessi dall'associazione potrebbero ritenersi aggravati “...ai sensi dell'art. 7 l. 203/91 qualora le condotte ivi descritte siano state poste in essere avvalendosi, in concreto, della carica intimidatoria e dello stato di assoggettamento e di omertà che ne derivano”. Si evidenzia, tuttavia, come non si possa imputare tale aggravante con riferimento al mero reato associativo giacché “...la sua funzione è quella di sanzionare l'effettivo ricorso al metodo mafioso nei singoli episodi criminali posti in essere dagli affiliati”. Propendono invece per il concorso formale tra i due delitti, in adesione al granitico indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato: AMATO, *Configurabilità del concorso*, cit.; CAVALIERE, sub. art. 416 c.p., cit., 846, il quale tuttavia evidenzia l'irragionevolezza delle scelte sanzionatorie del legislatore il quale ha previsto pene “...sproporzionatamente severe” per il reato di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, considerando tale delitto più grave “...della realizzazione di atti di intimidazione collettiva che possono essere finalizzati, eventualmente, anche a commettere delitti in materia di stupefacenti”. L'autore rileva infine come tra i due reati possa riconoscersi il vincolo della continuazione, ove ne sussistano i presupposti.

³⁶ In tal senso si veda Cass. pen., Sez. II, 24 novembre 2016, n. 52025, Vernengo, in C.E.D. Cass, n. 268856.

*vità di offesa ai medesimi beni, bensì in rapporto di diversità di beni giuridici tutelati*³⁷, non può non riconoscersi come, nonostante alcuni profili di parziale divergenza, i beni presi in esame dai due reati abbiano in comune il principale profilo di tutela che, come detto, verte sulla protezione dell'ordine pubblico.

Al riguardo, in particolare, deve evidenziarsi come rispetto all'art. 74 del d.p.r. n. 309 del 1990 la tutela della salute, a ben vedere, rimanga sullo sfondo rispetto agli altri reati in materia di stupefacenti contenuti all'interno dello stesso Testo Unico.

Il legislatore, infatti, punisce in tal caso la mera costituzione (e partecipazione con o senza un ruolo apicale) a una associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, anche (ovviamente) laddove alcun reato "scopo" sia stato effettivamente commesso.

In tal senso, pertanto, la salute collettiva sembra ricevere soltanto una protezione strumentale e "indiretta" dall'art. 74 del Testo Unico, potendo tale interesse essere inciso in via diretta ed immediata solo dalla materiale diffusione e "gestione" della sostanza e non già in virtù della mera predisposizione di una struttura operativa diretta a tale scopo.

Sicché ben si comprende come l'integrazione del delitto associativo in parola sia in primo luogo tale da esporre a pericolo l'ordine pubblico, mentre la salute pubblica assumerà rilievo centrale in relazione alla commissione di singoli reati in materia di stupefacenti.

Ci pare che un percorso quale quello qui tratteggiato che, facendo leva sulla richiamata prospettazione del principio di consunzione, ammetta l'operatività dei cc.dd. criteri di valore – anche in casi (come quelli in discussione) in cui il nucleo centrale degli interessi protetti sia, tanto formalmente quanto sostanzialmente, omogeneo – consentirebbe di pervenire a soluzioni più equilibrate. Il *quantum* di pena che sarebbe così individuato permetterebbe meglio di cogliere l'effettiva carica offensiva ed il disvalore reale della vicenda associativa di cui si tratta.

Ciò, beninteso, allorché ci si trovi di fronte a un unico sodalizio criminale; laddove per contro sia possibile riscontrare e distinguere due diverse organizzazioni criminali, operanti sulla base di logiche, strutture organizzative e soprattutto mezzi finanziari sostanzialmente differenti, sarà possibile ravvisare un concorso materiale tra i due reati³⁸.

Non ci si nasconde certo il fatto che la soluzione prospettata conduce alla prevalenza di una disposizione, che – al netto dell'eventuale riconoscimento dell'aggravante mafiosa – non è in grado di cogliere appieno, a livello simbolico e per certi versi di sistema, i variegati profili di offensività propri dell'associazione di cui all'art. 416-*bis* del codice penale.

Ciononostante la soluzione predetta, che ci appare in armonia con il principio del *ne bis in idem* sostanziale, garantirebbe in ogni caso un'adeguata e razionale risposta sanzionatoria da parte dell'ordinamento e, d'altro canto, non porrebbe alcun ostacolo nemmeno rispetto alla corretta individuazione dei soggetti danneggiati dal reato, in quanto anche coloro che abbiano subito danni patrimoniali (e non) in relazione ai reati assorbiti per consunzione conservano pur sempre il diritto al risarcimento³⁹.

³⁷ Così Cass. pen., Sez. VI, Montani, cit. Per un approfondimento dei profili dogmatici legati all'aggravante di cui all'art. 416-*bis*.1, comma 1, c.p. si veda, su tutti, DELLA RAGIONE, *L'aggravante della "ambientazione mafiosa"*, in AA.Vv., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, MAIELLO (a cura di), Torino, 2015, 69 ss.

³⁸ Chiaramente, come si è detto, il concorso materiale andrà riconosciuto soltanto nei confronti di quei soggetti rispetto ai quali si raggiunga la prova dell'effettiva partecipazione a entrambi i sodalizi: in argomento si veda MEZZETTI, *Il concorso (formale?)*, cit., 245. L'Autore evidenzia come nelle ipotesi in parola potrebbe applicarsi "...il regime più favorevole della continuazione, di cui all'art. 81, comma 2, c.p., ogni qual volta nell'ambito del programma criminale fosse comprovata la sussistenza da origine, almeno a grandi linee, dell'intenzione di erigere un apposito vincolo al quale delegare lo svolgimento delle attività di produzione e traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope". In tal senso risultano apprezzabili le conclusioni cui sono pervenute alcune risalenti pronunce del giudice di legittimità, che sembrerebbero (almeno in astratto) richiedere l'effettività distinguibilità dei sodalizi per ritenere configurabile un concorso tra reati associativi. In particolare, si vedano: Cass. pen., Sez. II, 4 maggio 1995, n. 478, Allegretto, in C.E.D. Cass., n. 202810, ove si evidenzia come "...la costituzione, da parte di un'organizzazione criminosa già operante, al fine di estendere il proprio campo di influenze, di un gruppo criminale associato che agisce in un determinato territorio con autonomia decisionale e operativa, determina la configurabilità di una diversa ed autonoma fattispecie associativa"; Cass. pen., Sez. I, 24 aprile 1996, Marsano, n. 2620, in C.E.D. Cass., n. 204902, secondo cui "...è possibile il concorso tra i reati associativi di cui agli artt. 416-*bis* c.p. e 74 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 quando si sia in presenza, da una parte, di un organismo (quello di stampo mafioso) a carattere federalistico e verticistico, raggruppante l'intera massa degli associati, dall'altro di organismi che, operando nello specifico campo del traffico degli stupefacenti, fruiscono, pur sotto la sorveglianza e con il contributo logistico dell'organizzazione di stampo mafioso, di una certa libertà operativa e siano (eventualmente) differenziati soggettivamente dallo schema strutturale di detta ultima organizzazione. Ne consegue che proprio per la pur limitata autonomia dell'associazione finalizzata al traffico degli stupefacenti e la possibile, almeno parziale, differenza nella componente soggettiva, l'affiliazione all'organizzazione mafiosa non è da sola sufficiente a dimostrare la partecipazione all'altra, per la cui sussistenza occorre verificare se il soggetto risulti inserito e partecipe della particolare, autonoma finalità dell'illecita circolazione dello stupefacente"; Cass. pen., Sez. V, 6 maggio 1999, n. 2136, Lezzi, in C.E.D. Cass., n. 213767, secondo cui "...in tema di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, è correttamente contestata la partecipazione dell'indagato a due distinte strutture criminose (anche se, in parte, attive nello stesso periodo di tempo), nel caso in cui esse siano costituite, per la maggior parte, da persone diverse, abbiano diverso ambito territoriale di operatività e si occupino di diversi tipi di sostanza".

³⁹ Sul quest'ultimo punto v. PAGLIARO, *Concorso apparente*, cit., 1393.

4.

Conclusioni e spunti per una riflessione *de iure condendo*

Il tema dei rapporti tra associazione a delinquere di stampo mafioso e associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti rappresenta un interessante osservatorio tanto per l'interprete quanto per il legislatore.

Per il primo, la tipologia di casi qui in esame ci pare metta in evidenza l'opportunità di valorizzare, nella soluzione dei rapporti di interferenza tra le norme penali, criteri anche altri rispetto a quello – certamente più rassicurante nella sua 'oggettività' – di specialità di cui all'art. 15 c.p.

Sappiamo bene che la Cassazione è con forza attestata su quest'ultimo versante e che difficilmente rivedrà in futuro le proprie posizioni. Eppure, ipotesi quali quelle in esame dimostrano come un impiego accorto del principio di consunzione, alla luce dell'esigenza di rispettare la logica del *bis in idem* sostanziale, possa condurre a soluzioni più razionali e dotate comunque di una controllabilità sul piano logico.

Per il legislatore, la sfida è, se vogliamo, ancora più complessa atteso che l'esito che abbiamo qui proposto svela in ogni caso i suoi limiti nella misura in cui decreta la 'prevalenza' di una disposizione, quella di cui all'art. 74 Testo Unico stupefacenti, che dovrebbe cedere il passo, quanto a disvalore, all'associazione di stampo mafioso.

Il segnale dunque che la vicenda qui analizzata lancia è quello di una rimeditazione in prospettiva *de iure condendo* dei rapporti di forza tra i delitti qui in esame a favore dell'art. 416 *bis* c.p.⁴⁰

Se ad oggi ciò non è stato possibile, pur a fronte dei continui innalzamenti delle cornici edittali che hanno interessato la disposizione da ultimo richiamata, l'indicazione dovrebbe allora essere nella direzione di rivedere le scelte sanzionatorie riguardanti l'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti, esempio emblematico di un diritto penale emergenziale che è ben lungi dal fare i conti con il rispetto dovuto al principio di proporzione del trattamento sanzionatorio.

⁴⁰ Sul punto si vedano anche: MILONE, *L'associazione*, cit., 253, la quale auspica l'introduzione di meccanismi legislativi di coordinamento tra i vari fenomeni associativi, quali, ad esempio, "...*clausole di riserva che escludano in radice ogni possibilità di violare un principio cardine del diritto penale quale il ne bis in idem sostanziale*"; LA GRECA, *L'associazione criminale "al quadrato"*, cit., 4384, la quale ritiene opportuno in tal senso "...*un intervento legislativo volto a ricomporre il carico afflittivo previsto dalle due fattispecie associative, adeguandolo alla concreta carica lesiva discendente dalle entità rispettivamente incriminate*".